

# 情報提供義務違反による損害賠償の範囲

## ードイツにおける損害としての「高値取得」と減額規定の類推適用ー

小笠原 奈菜

(人文学部 法経政策学科)

山形大学紀要（社会科学）第45巻第1号別刷

平成26年（2014年）7月

## 論 説

# 情報提供義務違反による損害賠償の範囲

## ― ドイツにおける損害としての「高値取得」と減額規定の類推適用 ―

小笠原 奈菜

(人文学部 法経政策学科)

### 第一章 はじめに

### 第二章 ドイツ法

#### 第一節 情報提供義務の効果としての契約適合

第一款 ドイツ民法249条における契約適合の位置づけ

第二款 契約適合と信頼利益・履行利益

第三款 契約適合への批判

第四款 まとめ

#### 第二節 損害としての「高値取得」

第一款 判例における損害としての高値取得の確立

1 1977年判決の準則

2 損害としての高値取得の承認

3 まとめ

第二款 学説における議論

1 損害としての高値取得の承認

2 因果関係の推定

3 まとめ

#### 第三節 高値取得の際の具体的な損害額の算定

第一款 減額規定の類推適用

第二款 減額規定の類推適用への批判理論

第三款 批判理論への反論

第四款 まとめ

### 第三章 日本法への示唆

## 第一章 はじめに

契約締結過程において不適切な情報提供がなされたため、情報提供の相手方が想定していなかった契約が成立することがある。たとえば、保険契約において、保険会社の担当者が示した保険設計書には「18年満期時お受取総額 約430万円」との記載があったところ、顧客が満期時までに272万5,404円を保険料として支払ったにもかかわらず、満期時に258万8,132円しか受け取れなかったという場合である<sup>1</sup>。

このような情報提供義務違反があった場合の情報提供の相手方の救済方法としては、契約解消型、内容実現型、金銭賠償型とがある<sup>2</sup>。

契約解消型とは、詐欺取消、錯誤無効、消費者取消権などである。契約解消型については、フランス法の合意の瑕疵の拡張として発展したものと、ドイツ法の契約締結上の過失に基づく契約解除として発展したものがある。2001年施行の消費者契約法において消費者取消権の規定がおかれたことにより、契約解消型による情報提供の相手方の救済は広範囲で可能となった。その後、契約関係からの離脱ではなく、契約を維持した上での適切な解決という視点が取り入れられるようになる。

契約を維持した上で情報提供義務の相手方を保護する類型が内容実現型であり、これは、権利外観法理、契約解釈、保証責任などを用いて、情報提供の相手方の信頼を契約内容へと取り込むものである。内容実現型によれば、上記の裁判例で言えば、満期時受取額が430万円である保険契約が成立したか否かが判断される。契約内容への取り込みに失敗した場合には、相手方の信頼はもはや保護されない。

金銭賠償型においても、内容実現型と同様、提供された情報どおりの責任を認めるか否かという視点からの検討であるのが我が国の現状である。すなわち、説明どおりの責任が認められない場合には、相手方の信頼は保護されない。契約内容への取り込みに失敗した場合、あるいは説明どおりの責任が認められない場合にはもはや相手方の信頼を保護する手段はないのだろうか。

本稿では、損害賠償レベルで情報提供の相手方の信頼を反映するドイツの議論を紹介し（第二章）、ドイツ法において承認された損害としての高値取得概念と、損害額の具体的な計算方法をもとに、日本法への示唆を述べる（第三章）。

<sup>1</sup> 大阪地判平成25年4月18日証券取引被害判例セレクト45号131頁参照。大阪地裁は、「設計書を熟読検討すれば、満期時の上記各金額に「約」が付されている意味を正解することができるが、保険の仕組みに通じていない者が「約」という語を表面的に読むだけでは、約430万円と表記された満期時受取総額の下限が実は252万円であ……ることに考えが至らないこともあり得る。」とし、支払総額と受取総額の差額の損害賠償を認め、過失相殺と損益相殺を合わせて5割の相殺を行った。

<sup>2</sup> 日本法における現状の詳細については、拙稿「情報提供義務による契約当事者の信頼の保護 — 損害としての「高値取得」—」現代消費者法23号67頁参照。

## 第二章 ドイツ法<sup>3</sup>

不適切な情報提供をなされた結果、望まなかった契約が成立した場合、情報提供の相手方の保護として、契約解消型、内容実現型、金銭賠償型がある。情報提供の相手方が契約からの離脱を望んでいる場合には、契約解消型による保護で十分である。契約の維持を望んでいる場合には内容実現型の保護が必要となるが、実現は困難である。契約への取り込みに失敗した場合、あるいは、説明通りの責任が認められない場合に相手方の信頼を考慮する手段として、金銭賠償型の保護を利用することが考えられる。

ドイツでは、契約締結上の過失の効果としての契約適合により、損害賠償レベルで相手方の信頼を反映する方法が採られている。とりわけ契約適合は、情報提供義務違反の効果として示されている。第二章では、ドイツにおける契約適合の概要を紹介し（第一節）、そこで現れた「高値取得」概念について紹介する（第二節）。さらに、具体的な損害額の算定方法について、売上の担保責任の減額規定の類推適用の利用が主張されていることを示す（第三節）。

### 第一節 情報提供義務の効果としての契約適合

ドイツ法においては、契約締結上の過失責任の分類として、①身体および所有権の侵害(加害型)、②無効型、③契約交渉破棄型、④有効型、⑤第三者型がある。本稿が対象としている、情報提供義務違反が問題となる事例は、契約締結上の過失責任の事例群の中の④有効型、つまり、「期待に適合しなかった契約（nicht erwartungsgerechter Vertrag）」の事例群のもとで、まとめられている。④の事例群において、情報提供の相手方が契約解消を望まず、契約関係の維持を望んだ場合における救済として契約適合が問題となる。

#### 第一款 ドイツ民法249条における契約適合の位置づけ

2001年の債務法現代化法により、契約交渉の開始・契約の勧誘といった法律行為的な社会的接触があった場合には、債権債務関係に基づく義務（ドイツ民法241条2項<sup>4</sup>）が、契約締結前

<sup>3</sup> 本稿に関連するドイツ民法の規定についての条文訳は、旧法については、法務大臣官房司法法制調査部「ドイツ民法典 ― 総則 ―」法務資料第445号（1985）、椿寿夫=右近健男編『ドイツ債権法総論』（1988）、同『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（1990）、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（1995）、新法については、岡孝編『契約法における現代化の課題』（2002）、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（2003）による。なお、以下では、債務法現代化法施行前（2001年12月31日以前）まで有効であった規定を旧～条、施行後（2002年1月1日以降）の規定を～条と表記する。

<sup>4</sup> ドイツ民法241条（債務関係と給付義務）

2項 債務関係は、その内容及び性質の顧慮のもとに、各当事者に相手方の権利及び法益を顧慮する義務を負わせる。

であっても生じることが明記された(311条2項<sup>5)</sup>。311条2項、241条2項の義務違反の効果は、280条1項<sup>6)</sup>によれば、債務者の義務違反によって生じた損害の賠償義務であり、賠償されるべき損害に関しては249条以下の規範に従うことになる<sup>7)</sup>。すなわち、契約締結過程における情報提供義務違反に基づいて賠償されるべき損害に関しては249条以下の規範に従うこととなる。

249条1項は、「損害賠償につき義務を負う者は、賠償を義務づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を回復しなければならない」とする。回復されるべき「状態」について、以下の三つの場合がありうる<sup>8)</sup>。第一は、適切な情報提供がなされていたとしても何らかの特別の理由でやはり同一内容の契約が締結されたであろう場合である。この際に回復されるべき「状態」は、当該契約の成立であるので、その契約が客観的に見て不利益なものであったとしても、損害賠償請求権は生じない。第二は、適切な情報提供がなされていれば、契約が締結されなかった場合である。この際の「状態」は、当該契約が存在しない状態、すなわち契約の解消となる。第三は、適切な情報提供がなされていれば、当該契約当事者間で、あるいは第三者との間で、より有利な契約が締結されたであろう場合である。この際の「状態」は、より有利な契約が締結された（のと同様の）状態である。第三の場合に、契約適合が問題となる。

## 第二款 契約適合と信頼利益・履行利益

当該契約当事者間で、あるいは第三者との間で、より有利な契約が締結された状態の利益は、信頼利益か履行利益かということが問題となる。

信頼利益とする説は、次のように述べる<sup>9)</sup>。すなわち、情報提供の相手方の期待通りの契約の履行への利益が賠償されるのではなく、実際に締結された契約の不締結への利益が賠償される。したがって、情報提供の相手方は、期待した通りの給付の価値を保持することはできないが、自分がすべき給付を縮減させることを求めることができる。買主が目的物を保持して、契約締結上の過失に基づく損害賠償を金銭で得る場合には、このことは結果として売買価格の減額となる。

適切な情報提供がなされていれば、当該契約当事者間で、あるいは第三者との間で、より有

<sup>5)</sup> ドイツ民法311条(法律行為上の及び法律行為に類似した債務関係)

2項 241条2項に従った義務を伴う債務関係は、以下によっても発生する。

1 契約交渉の開始、

2 それによって一当事者が法律行為的な関係において相手方に、その権利、法益および利益に影響を及ぼす可能性を与えまたはそれを委ねる、契約交渉の準備、または、

3 それに類似した取引上の接触

<sup>6)</sup> ドイツ民法280条(義務違反による損害賠償)

1項 債務者が債務関係に基づく義務に違反したときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求しうる。債務者が義務違反につき責を負わない場合は、この限りでない。

<sup>7)</sup> Grüneberg, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 311 Rn. 54, 半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(2003)204頁参照。

<sup>8)</sup> Christian Kersting, Die Rechtsfolge vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen - Vertragsaufhebungsanspruch oder "Minderung" aus c.i.c.?, JZ 2008, 714, 716.

<sup>9)</sup> Grüneberg, a.a.O. (Fn. 7), § 311, Rn. 57.

利な契約が締結されたであろうことを、情報提供の相手方が証明した場合に、実際に締結された契約を、仮定的な契約に適合するという効果を認めることについては異論はない<sup>10</sup>。

一方で、履行利益とする説は、情報提供義務の相手方が仮定的な契約の成立を立証した場合に限り、履行利益としての契約適合は認められるとする<sup>11</sup>。信頼利益と履行利益の区別は立証責任の有無にあるので、仮定的な契約の成立による利益は履行利益であるとし、その立証責任は情報提供の相手方が負うべきだとする。なぜなら、仮定的な契約が、情報提供義務者が行った情報提供の内容通りの契約である場合には、履行利益の賠償となるからである。

仮定的な契約の成立による利益を信頼利益とするにせよ、履行利益とするにせよ、情報提供の相手方が仮定的な契約の成立を立証できた場合には、この利益が賠償されることとなる。もっとも、仮定的な内容での契約締結の立証は困難であり、これに成功しなかった場合には、契約適合の根拠を示すことは困難となる<sup>12</sup>。連邦通常裁判所は、長い間、因果関係の証明がない場合にも、結果として、損害賠償法上の契約適合を、反対給付の縮減の方法によって認めていた<sup>13</sup>。もっとも、因果関係の証明が免除される根拠は明らかには述べられていない<sup>14</sup>。

### 第三款 契約適合への批判

当該契約当事者間で、あるいは第三者との間で、より有利な契約が締結された状態の利益の賠償を、契約適合として認めることについては、学説において批判がある。その理由は、ドイツ民法249条に基づく契約適合のための要件を満たしていないということである<sup>15</sup>。連邦通常裁判所は、契約適合が認められる要件として、給付と反対給付の均衡が破壊されるか、あるいは被害者が目的物の取得のために、過剰費用を支出しなければならないことを求めている<sup>16</sup>。しかしながら、適切な情報提供があった場合に、どのような条件で両当事者が合意したであろうことが明らかではないので、給付均衡の破壊、あるいは過剰費用の支出の有無が明らかではない<sup>17</sup>。

<sup>10</sup> Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung : Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken, 1997, S.598; Grüneberg, aa.O. (Fn. 7), § 311, Rn. 57; Emmerich, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 311 Rn. 210. 仮定的な契約への適合を認めた判決として、連邦通常裁判所1998年6月24日判決NJW1998,2900がある。判例については、第二節第二款参照。

<sup>11</sup> Grigoleit, aa.O.(Fn. 10), S.182ff.; S. Lorenz, Haftungsausfüllung bei der culpa in contrahendo: Ende der "Minderung durch c.i.c."?, NJW1999,1001,1002.

<sup>12</sup> Emmerich, aa.O. (Fn. 10), § 311 Rn. 210.; Grigoleit, aa.O.(Fn. 10), S.598.

<sup>13</sup> Emmerich, aa.O. (Fn. 10), § 311 Rn. 210.

<sup>14</sup> 契約適合の際に因果関係の証明が免除された判例として、連邦通常裁判所1977年5月25日判決BGHZ69,53; 連邦通常裁判所1988年12月8日判決NJW1989,1793.; 連邦通常裁判所1990年3月28日判決BGHZ111,75; 連邦通常裁判所1991年3月14日判決BGHZ114,87; 連邦通常裁判所1993年10月12日判決NJW1994,663がある。

<sup>15</sup> Emmerich, aa.O. (Fn. 10), § 311 Rn. 210.

<sup>16</sup> BGH111,75,83; Grüneberg, aa.O. (Fn. 7), § 311, Rn. 57参照。

<sup>17</sup> Emmerich, aa.O. (Fn. 10), § 311 Rn. 210.



#### 第四款 まとめ

情報提供義務の効果としての契約適合が信頼利益の賠償となるのか履行利益の賠償となるのが問題となる。両者は、立証責任の負担によって区別される。また、適切な情報提供があった場合の仮定的な契約の内容が明らかではないため、契約適合の要件を満たしていないという批判がある。

このように、契約適合が認められるためには、仮定的な契約の成立の立証の方法が問題となる。これに関して、情報提供の相手方が契約の目的を「高すぎて取得した」ことを前提として因果関係を推定する手法が採られている。

### 第二節 損害としての「高値取得」

#### 第一款 判例における損害としての高値取得の確立

損害としての高値取得は、連邦通常裁判所1977年5月25日判決（以下、「1977年判決」という。）で初めて示された。その後、情報提供義務違反があり、情報提供の相手方が契約解消ではなく、契約の維持を求めている判例において踏襲され、確立した。確立の過程について、1977年判決の概要を紹介し(1)、その後の判決における承認を示し(2)、最後に判例のまとめを行なう(3)。

#### 1 1977年判決<sup>18</sup>の準則

##### (1) 紹介

会社の持分の売買交渉の際に、売主は買主に対して、本件会社は利益を上げていると説明したが実際は赤字であった。買主は購入した会社を既に買主の会社に組み込んでいたので、契約の解消ではなく、維持を望んでいた。連邦通常裁判所は、「原審は、……ドイツ民事訴訟法287条（損害調査等）<sup>19</sup>による評価を通じて、貸借対照表上に約150万マルクの損失が表示されていたならばいかなる売買代金が被告により獲得されるべき持分によってふさわしいものであったかどうかを、探求しなければならなかった」として、破棄差戻しをした。

<sup>18</sup> BGHZ69,53=NJW1977,1536.1977年判決は、情報提供義務が問題となっている場合に契約関係の維持が求められている事例として、すでに幾度も取り上げられている。円谷峻『新・契約の成立と責任』（2004）278頁以下、潮見佳男『契約法理の現代化』（2004）152頁以下、上田誠一郎『契約解釈の限界と不明確条項解釈準則』（2003）215～216頁参照。

<sup>19</sup> ドイツ民事訴訟法287条（損害調査等）1項 損害が発生したか否か、及び損害額又は損害すべき利益の額がいくらにつき当事者間で争いがあるときには、裁判所はこれに関し、すべての事情を評価して、自由な心証を持って裁判する。（以下略）

## (2) 1977年判決の準則

1977年判決では、次のことが認められた<sup>20</sup>。

契約締結上の過失から生じる損害賠償請求権は、原則として信頼利益の賠償に向けられている。損害を作り出している行為に基づいて契約を締結した被害者は、それゆえ、契約が成立しなかったならばあったであろう状態の回復を請求することができ、したがって、契約からの解放と不必要な出費の賠償を請求できる（以下、「第一準則」とする）。

一方、被害者が契約関係を維持することを望んだ場合、「真実の事情を知っていた場合に、被害者が契約をより有利な価格で締結したように扱われる」権利が被害者に与えられる（以下、「第二準則」とする）。

この際に、相手方も低い売買価格での契約締結にその時に同意したかどうかという、（仮定的でありいずれにせよほとんど不可能な）証明は問題とならない。むしろ、被害者に隠された事情を知っていた場合に、損害を受けた契約当事者がどのように行動したかが重要である（以下、「第三準則」とする）。

それゆえ、賠償されるべき損害は、売主の発言が正しいことを信頼して買主が目的物を高すぎる値段で買った分の金額である（以下、「第四準則」とする）。

1977年判決では、第二準則、第三準則により、情報提供の相手方は、自己に有利な仮定的契約の成立を立証する必要があることが示され、第四準則により、その際の損害は「高すぎる値段で買った分」であることが示された。

## 2 損害としての高値取得の承認

1977年判決の準則は、その後の連邦通常裁判所判決に踏襲された。その際に、ドイツ民法249条を明示した上で高値取得を考慮するものと、明示せずに考慮するものがある。ここでは、承認の過程を紹介し((1))、根拠づけを検討する((2))。

### (1) 承認の過程

#### (i) 売買契約

1977年判決の準則は、1977年判決と同じ契約類型である企業買収において踏襲された。企業の持ち分の売買契約締結の際に、売主が債務の存在を黙秘した事案において、連邦通常裁判所1980年6月2日判決NJW1980,2408<sup>21</sup>は、契約前の情報提供義務違反を理由として信頼利益の賠

<sup>20</sup> S. Lorenz, aa.O.(Fn.11),S.1001f参照。

<sup>21</sup> Ulrich Gebhardt, Herabsetzung der Gegenleistung nach culpa in contrahend, 2001,S.15は、本判決が、企業買収以外の事例における適用可能性を確立したとする。概要は次の通りである。なお、事案の紹介において、情報提供義務者をS、情報提供の相手方をGとする。企業の持分の売買契約締結の際に、Sは債務の存在を黙秘したためにGは8万1000マルクをこの有限会社の債務のために費やさなければならなかった。したがって、Gは損害のうちの一部である1万マルクならびに利息の賠償を請求した。なお、本判決は、潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開(1)」法学論叢(京都大学)145巻2号(1999)11頁で既に紹介されている。



償責任を負うとしたうえで、契約を解消するか、契約を維持して損害賠償請求するかは情報提供の相手方の自由であり、清算が不可能であるかどうかに関係なく、契約を維持した上で、金銭的損害賠償を請求できるとした。

企業買収だけではなく、他の目的物の契約にも踏襲された。新品の飛行機の売買契約の際に、契約前の交渉において、問屋価格を売買価格とすると説明したにもかかわらず、問屋価格よりも高い金額で売却した事案において、連邦通常裁判所1981年3月1日判決NJW1981,2050<sup>22</sup>は、一般論として、売買価格の計算基礎に関して買主に情報提供する義務を売主には認めなかった。しかし、売主が売買価格を一定の方法（ここでは、問屋価格）で計算することを売買契約の両当事者が契約交渉の際に一致して前提とした場合で、かつ、買主の負担で売主がこれを回避しようとした場合に、売主がこの事情を知らせる義務が信義則（ドイツ民法242条<sup>23</sup>）に基づき生じるとした。この義務を怠ったならば、売主は買主に契約締結上の過失によって、実際合意されて支払われた金額が協定に合った金額を越えている分の金額を損害として賠償しなければならないとした。また、マンションの売買契約の際に、増築の際に行政の許可を受けるためには部屋の個々の窓の前に非常階段を設置することを、売主が説明しなかった事案において、連邦通常裁判所1988年12月8日判決NJW1989,1793<sup>24</sup>は、契約締結について本質的な事情を黙っていて、それゆえに売主が契約締結上の過失に基づき責任を負う場合、契約を維持する買主は、契約締結上の過失に基づく損害賠償として、買主が当該目的物を高すぎて取得した金額を賠償しなければならないとした。

## (ii) 売買契約以外の契約

その後、売買契約以外の契約にも1977年判決の準則が踏襲されるようになる。節税のための信託契約の締結の際に、予定している建築業者と密接な関係があることについて、受託者が、委託者に情報提供しなかった事案において、連邦通常裁判所1991年1月16日判決NJW-RR1991,599<sup>25</sup>は、契約締結前の情報提供義務違反による契約締結上の過失責任を認め、委託者

<sup>22</sup> 概要は次の通りである。GはSから、新品の飛行機を購入した。契約前の交渉において、問屋価格を売買価格とすることが予定されていた(契約内容に含まれていたかどうかは不明)。Gは28万ドルで飛行機を購入したが、実際の間屋価格は23万8千ドルであった。SはGに対して運送費他を請求した。訴訟の間に、Gは実際の間屋価格を知り、差額4万2千ドルでの相殺を主張した。

なお、本判決は、藤田寿夫『表示責任と契約法理』（1996）209頁で既に紹介されている。

<sup>23</sup> ドイツ民法242条（信義誠実に適った給付）債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実に適うように、給付を行う義務を負う。

<sup>24</sup> 概要は次の通りである。GはSから分譲マンションに改築された建物を譲り受けた。この際に、行政の許可において、増築の際には、部屋の個々の窓の前に非常階段を設置することが必要とされていたが、SはGに、有責に情報提供をしなかった。

なお、本判決の評釈として、Tiedtke, Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs aus Verschulden beim Vertragsabschluß wegen fehlender Aufklärung, JZ 1989,569ff.がある。

<sup>25</sup> 概要は次の通りである。Gは節税のために、Sと信託契約を締結した。受託者Sは、予定されている建築業者とSが密接な関係があることについて、委託者Gに情報提供しなかった。Gは信託契約を保持したうえで、損害賠償を請求した。

の損害は、建築業者と依存関係がない受託者が建築計画を遂行した場合には生じなかった費用の中にのみ存在するとした。請負契約に関して連邦通常裁判所1991年3月14日判決BGHZ114,87<sup>26</sup>は、顧客が建築契約を高すぎる金額で行った額が損害として賠償されるとした。さらに、フランチャイズ契約の締結の際に、売上予測に関して実際よりもかなり高い予測がなされた事案において、連邦通常裁判所1993年10月12日判決NJW1994,663<sup>27</sup>は、契約締結上の過失に基づいて、信頼利益の賠償を認め、信頼利益の賠償を請求する際に、原状回復しか請求できないというわけではなく、情報提供義務者の発言によって、情報提供の相手方が小売店設立のために過分に支出した費用は賠償されるべきであるとした。また、消費貸借契約とそれに伴う連帯保証契約の締結の際に、貸主が、借主が知らない借主側の事情を知っていたにもかかわらず、借主と連帯保証人に説明しなかった事案において、連邦通常裁判所1999年2月11日判決NJW1999,2032=WM1999,678<sup>28</sup>は、情報提供の相手方である顧客は、契約締結上の過失に基づく損害賠償の方法で消費貸借契約の適合を請求でき、本当の状況を知っていた場合に、顧客はその契約をより有利な条件で締結し、信用の必要性を減少させることが出来たように扱われなければならないとした。

以上のように、企業買収の事案に関する1977年判決で示された準則は、他の売買契約へと広がり、さらに、請負契約、信託契約、フランチャイズ契約、消費貸借契約へと適用範囲が広がった<sup>29</sup>。

<sup>26</sup> 概要は次の通りである。請負人Sは将来の建築担当者と、手数料について値上げの取決めをした。これについて、Sは注文者Gに説明をしなかった。連邦通常裁判所は、契約前の交渉の領域において、請負人Sが注文者Gの将来の建築契約について、手数料の取決めに関して、情報提供しなければならないとした。そして、建築業者に契約前の情報提供義務の違反を理由として(ドイツ民法旧276条(自己の過失責任))建築価格に影響を与えた手数料の金額での損害賠償請求権を与えた。

<sup>27</sup> 概要は次の通りである。Gは自営の店舗の支店を開く計画を立て、小売店設置の企業であるSに支店を契約している場所についての立地分析を頼んだ。分析結果は立地条件は大変よく、年に約140万マルクの売上が上げられるというものだった。そこで、GはSに店舗の設立を注文した。その後、立地分析は責任を負うべき過ちが発見され、Gの店舗についての実際の可能性はもっとわずかなものであった。それゆえ、Gによって獲得された小売店店舗は思うような売上を上げることができなかった。真実を知っていれば契約を締結しなかったであろうが、しかしながら、Gは小売店での営業をさらに続けた。なぜなら、営業を停止したら、さらに大きな損害が発生するだろうからであった。SはGに対し、店舗購入費の支払いを請求した。これに対して、Gは相殺の方法で損害賠償請求を主張した。

<sup>28</sup> 概要は次の通りである。有限会社Aはパソコンなどの事務所設備の貸し出しを業としている。S銀行は長年にわたり、A社に事業資金を融資していた。A社は財政困難に陥ったので、A社の元共同経営者であるGらは、A社の取引を受け継ぐ会社としてB社を設立した。B社はA社が賃貸していた設備を受け継ぎ、これらの事情をS銀行に知らせた。そして、A社はS銀行からの借入金を完済し、一方でB社は設備の賃料収入を担保としてS銀行から新たに融資を受けた。この際に、GはB社のS銀行に対する負債を連帯保証した。A社がB社との協定に反して、賃貸していた設備を売却してしまっていたので、B社は賃料収入をもはや得ることができなかった。S銀行はこの事実を知っていたが、B社およびGは知らなかった。B社は破産したので、S銀行はGに保証契約に基づき約90万マルクの支払を請求した。

なお、本判決の評釈として、Emmerich, Jus 1999,916f.がある。

<sup>29</sup> 他に、高値取得損害を前提とする連邦通常裁判所判決として、1988年10月5日判決NJW-RR1989,306(法律事務所の売買の際の売り上げに関する情報)、1993年1月14日判決NJW1993,1324(土地の売買の際の近隣の建て替え計画に関する情報)、1993年10月8日判決NJW-RR1994,76(土地の売買の際の開発費用の支払に関する情報)がある。

## (2) 損害としての「高値取得」の位置づけ

1977年判決の第二準則が示すように、連邦通常裁判所は、情報提供義務違反があった場合に、情報提供の相手方は、契約を維持した上で、被った損害の賠償を請求しうることを認める。その場合の損害は、第四準則によれば、不適切な情報提供の結果、相手方は目的物を「高すぎて取得した」という損害（以下、高値取得損害とする。）である。判決の中では、ドイツ民法249条に言及するものとしないうものがある。

ドイツ民法249条に言及する判決である1977年判決は、第二準則により、「真実の事情を知っていた場合に、被害者が契約をより有利な価格で締結したように扱われる」とする。これにより賠償されるべき損害が高値取得損害であるとする。高値取得損害の賠償は信頼利益の賠償か履行利益の賠償かは述べていない。

信頼利益と履行利益の内容を示した連邦通常裁判所1998年6月24日判決NJW1998,2900<sup>30</sup>は、ドイツ民法249条に言及していない。本判決は、情報提供義務違反の場合に、契約締結上の過失に基づき、信頼利益の賠償がなされるのが原則であるが、被害者が、締結された契約の代わりに被害者に有利な他の契約を締結したであろうことが確定された場合には、契約締結上の過失に基づいて、成立しなかった契約の履行への利益が例外的に認められるとした。さらに、連邦通常裁判所2001年4月6日判決NJW2001,2875<sup>31</sup>も信頼利益と履行利益の内容を示したが、ドイツ民法249条には言及していない。本判決は、損害を与える行為がなければ被害者に有利な他の条件での契約が成立したであろうことが証明された場合には、例外的に履行利益の賠償が認められるとする。その証明がなされない場合、契約を維持する被害者は、信頼利益の賠償を請求でき、その内容は、被害者が実際の状況を知っていた際に売買契約を有利な価格で締結した状態の回復であるとした。

被害者の証明の有無に関わらず、被害者にとって有利な条件での契約の締結がなされたように、契約の変更を請求できるのかということは明らかではなかったが、連邦通常裁判所2006年5月19日判決BGHZ168,35=NJW2006,3139<sup>32</sup>（以下、「2006年判決」という。）は新たな判断を示

<sup>30</sup> 概要は次の通りである。Sとの賃貸借契約締結の際に、Sの経営者は、Gを、契約によってSのミネラルウォーターの全売上に関与する許可が与えられるとの錯誤に陥らせた。しかし実際は、土地A部分から取れるミネラルウォーターの売上にのみ関与するものであり、将来的に、土地Bの井戸を利用できるものであった。本当の事情を知っていたならば、Gは契約を締結しなかった。

なお、本判決の評釈として、Hans Stoll, JZ1999, 95ff.; S. Lorenz, aa.O.(Fn. 11), S.1001f. がある。

<sup>31</sup> 概要は次の通りである。GはSから宿泊施設を建設する目的で土地を購入した。本件土地の大部分はA社に賃貸されていた。SはA社に「5年間の賃貸借契約の延長についての選択権」を与えられていたが、Gには説明しなかった。Sが5年間の延長権という土地の瑕疵を故意に隠していたことを理由として、GはSに損害賠償を請求した。連邦通常裁判所は、売主がその契約前の情報提供義務を、権利の瑕疵が存在するという事情に関して買主に知らせなかったことによって違反した場合、信頼利益の賠償に向けられた契約締結上の過失による損害賠償請求は権利の瑕疵による担保請求によって排除されなかったとした。具体的な金額について、破棄差戻しとなった。

<sup>32</sup> 概要は次の通りである。Sは、A社でショッピングモールの開発を担当していた。Sは開発のために、土地を160万DM（約82万ユーロ）で購入し、その際にA社から融資を受けた。A社は倒産し、その過程において、Gの企業グループに再編された。Gは、Sが担当していたプロジェクトをSに譲渡した。契約の際に、Sは、A社からの融資は約31万ユーロと説明したが、実際は購入価格である160万DM全額の融資を受けていた。

した。1977年判決を引用した上で、高値取得損害（本事案では「低すぎる金額で売却したこと」）は、信頼利益であることを明示し、この際に被害者は証明責任を負わないことを示した。一方で、2001年4月6日判決を引用した上で、被害者にとって有利な条件での契約が成立した状態の回復は履行利益の請求であり、この際に被害者は、加害者もそのような契約に合意したことを証明しなければならないとした。そして、証明がなされていないので、履行利益の賠償は認められないとした。

連邦通常裁判所2010年6月11日判決 WuM 2010, 524<sup>33</sup>（以下、「2010年判決」という。）は、譲渡契約の相手方が、住居の交換は現実化されえないことについて情報提供されなかった場合、当該相手方は、彼が、住居を他の方法で賃借するために調達しなければならない金額の返還を請求できるとした。そして、他の条件での契約の成立を前提とした契約適合ではないとして、2006年判決を引用する。これは、残された信頼損害の賠償であるので、真の状態を知った場合には低い価格で契約を締結したことに成功したように、被害者は扱われ、その際の損害は、被害者が、購入した目的物を高すぎる金額で取得した分であるとした。これは、契約適合ではなく信頼利益の賠償なので、相手方もその条件での契約に合意したことを証明する必要はないとした。本事案では、被告が別の住居を賃貸した際に支出する金額か、ペンションの他の部屋に居住してその部屋を貸し出せないために失った利益となるとした。具体的な金額について差戻しをした。

### 3 ま と め

ドイツ民法249条の枠内での高値取得損害の位置づけは次のように考えられる。第一節第二款で述べたように、ドイツ民法249条の「状態」をより有利な契約が締結された（のと同様の）状態とすると、情報提供の相手方は、適切な情報提供がなされていたとすれば、当該契約当事者間で、あるいは第三者との間でより有利な契約が締結されたであろうことを証明しなければならない。この証明のためには、次の二点を証明しなければならない。

第一に、情報提供義務違反がなかったとすれば、情報提供を受ける権利を有する当事者が（どのような）より有利な条件で契約しようと試みるかということ、第二に、契約当事者あるいは第三者が、当該条件での契約に応ずるかどうかである。前者の問題は、1977年判決で示された第二準則と第四準則により克服される。第二準則によれば、情報提供の相手方が契約関係を維持することを望んだ場合、情報提供の相手方にとってより有利な契約が成立したことが推定

<sup>33</sup> 概要は次の通りである。Sが、自分の息子であるGに、土地とペンションを譲渡した。その際に、Gは一階へ引越し、Sには、今までGが住んでいた地階の居住権と利用権が与えられるとした。契約締結前に一階は既にSの孫（Gの息子）に期間の定めなく賃貸されていたのだが、SはGにこのことを知らせていなかった。Sが地階の居住権と利用権を主張したのに対し、Gは契約締結上の過失責任の基づく損害賠償を請求した。



される。第四準則によれば、その際に賠償されるべき損害は、高値取得損害である。後者の問題は第三準則により克服される。第三準則によれば、仮定的な契約の相手方も、低い対価での契約の締結に合意したかどうかの証明は不要である。ただし、連邦通常裁判所は常にドイツ民法249条を根拠として挙げるわけではない。ドイツ民法249条の枠内であれ、他の規定を根拠としてであれ、連邦通常裁判所が高値取得損害を認める根拠づけは明確には示されていない。

また、2006年判決および2010年判決により、高値取得損害は信頼損害であり、因果関係は推定され、その際に賠償されるべき損害は、被害者が目的物を高すぎる金額で得てしまった額であることが示された。一方で、被害者にとってより良い契約を締結した状態の回復は履行利益であり、被害者が立証した場合にのみ損害賠償が認められることが示された。連邦通常裁判所の判断については、信頼損害としての高値取得損害と、履行利益としての他の有利な契約の締結の際の利益の相違が不明であるという指摘がなされている<sup>34</sup>。すなわち、1977年判決の第二準則と第四準則の関係が明確ではないと言える。

また、高値取得損害が認められたとしても、最終的な損害賠償額の算定方法は判例においては明らかにされていない。具体的な計算方法を明確にすることも必要となる。

## 第二款 学説における議論

本款では、学説における高値取得損害について示す。はじめに、高値取得損害が学説においても承認されていることを示し(1)、次に学説で述べられている根拠づけを紹介し(2)、まとめを行なう(3)。

### 1 損害としての高値取得の承認

学説においては、情報提供義務違反の効果として、高値取得損害が生じることは広く是認されている<sup>35</sup>。そして、高値取得損害は信頼損害であり、仮定的な契約の成立から生じる利益は履行利益であるとする。すなわち、高すぎて取得した売買目的に関して過剰の支出が生じた場合には、被害者は、自分にとって不利な契約を維持した上で、残りの信頼損害(Restvertrauensschaden)の返還を請求できるとする。情報提供義務違反がなければ、被害者が望んだ契約が当該相手方あるいは第三者と成立したであろう場合には、履行利益の賠償請求が例外的に認められるとする<sup>36</sup>。

仮定的な契約の成立との因果関係の推定を広く認める説もある。レーヴィッシュは、因果関係の推定を広く認め、信頼利益としての無駄になった費用の請求だけではなく、他の条件での

<sup>34</sup> Thomas M. J. Möllers/ Tilman Weichert, :Anm. zu BGH19.05.2006, LMK 2006, 189346; Gsell, EWiR 2001, 803 f.

<sup>35</sup> Emmerich, aa.O. (Fn. 10), § 311 Rn.210. Stadler, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl., 2014, § 311, Rn 57.

<sup>36</sup> このように理解するものとして、Emmerich, aa.O. (Fn. 10), § 311 Rn.210.; Stadler, aa.O. (Fn. 35), § 311, Rn.54.

契約の成立を前提とした利益の賠償請求の際にも因果関係の推定が認められ、立証責任は情報提供義務者が負うとする<sup>37</sup>。すなわち、被害者には契約適合への請求権はないが、しかしながら、費用が無駄になった限りにおいて、被害者が支払った費用を、信頼損害として返還請求できるとする。さらに、被害者は、情報提供義務違反によって当該契約を締結したために他の取引をあきらめた場合には、他の取引から生じる利益が締結された取引から生じる利益を上回る限りにおいて、他の取引から生じる利益の賠償を請求できるとする。他の取引の相手方は、第三者でも良い。この場合の立証責任は、情報提供義務者にあるとする。すなわち、適切な情報提供がされた場合でも、被害者が、被害者自身に不利な条件で契約を締結したことを、情報提供義務者が立証すべきとする。

仮定的な契約の成立との因果関係を推定することに対しては、ドイツ民法249条において、原則として、回復されるべき「状態」の立証責任は請求者にあるので、例外的に、高値取得の場合にのみ仮定的因果関係の推定が認められるのかの根拠づけが示されていない問題がある。

## 2 因果関係の推定

### (1) いわゆる禁反言の原則を根拠とする説

シュトルは、いわゆる禁反言の原則を根拠とする<sup>38</sup>。すなわち、情報提供義務に基づく損害賠償として回復される状態は、ドイツ民法249条によれば、 $\alpha$  適切な情報が提供されていたのであれば、当該契約を締結しなかった状態、あるいは、 $\beta$  適切な情報が提供されていたのであれば、他の条件で契約を締結した状態である<sup>39</sup>。通常、回復される状態は $\alpha$ であるが、自ら相手方に誤った情報を提供して契約締結へと導いた加害者が、被害者に対して、適切な情報を提供したとしたら、そもそも当該契約を締結しなかったと主張することは許されないと述べる。

これに対して、シュトルの主張は、故意がある詐欺の場合には当てはまるが、過失による情報提供義務違反の場合には認められないとする反論がある<sup>40</sup>。

### (2) 瑕疵担保責任を根拠とする説

エメリッヒは、瑕疵担保責任の規定を根拠とする<sup>41</sup>。すなわち、情報提供義務違反の効果として契約の解消と反対給付の縮減との選択権を認めることは、売買契約および請負契約における

<sup>37</sup> Löwisch, in: Staudinger, 16. Aufl., 2013, § 311, Rn. 163-164. 立証がなされている場合でも仮定的な価格と真の価値との差額の賠償は認めるべきではないとする説として, Mark C. Hilgard, Berechnung des Schadens bei Verletzung einer Eigenkapitalgarantie beim Unternehmenskauf, BB 2013, 937, 941. 履行利益と信頼利益を区別せずに、証明された場合には差額の賠償を認めるものとして, Thomas M. J. Möllers/ Tilman Weichert, a.a.O. (Fn. 34).

<sup>38</sup> Hans Stoll, a.a.O. (Fn. 30), S. 95f.

<sup>39</sup> 第二章第一款参照。

<sup>40</sup> Thomas M. J. Möllers/ Tilman Weichert, a.a.O. (Fn. 34).

<sup>41</sup> Emmerich, a.a.O. (Fn. 10), § 311 Rn. 210.



瑕疵担保責任の効果である、契約の解消と減額を認めることと結論としては同じであるとする。そして、瑕疵担保責任において減額を認める際には、相手方も減額に応じたか否かの証明は問題とならないため、同様に考えることができるとする<sup>42</sup>。また、メディクスも、判例は契約の解消と価格の縮減との選択という方法で、反対給付の縮減を認めているとする<sup>43</sup>。この請求権は、売買における減額規定、および、交換における減額規定に類似するとする。

これに関しては、瑕疵担保責任が認められないような場合に、どのような根拠で同様な効果が生じるのかが明らかではなく、また、とりわけ時効規定の適用に関して、瑕疵担保責任に基づく短期の時効期限が適用されないにも関わらず、瑕疵担保責任を根拠として因果関係の証明の放棄を認めることの説明がつかないと言える。

### (3) 加害者に適切な情報提供への動機を与えるという法政策的な根拠（弱者保護）

ローレンツは、仮定的な契約との因果関係の推定を認めることにより、情報提供の相手方が保護されるとする<sup>44</sup>。すなわち、被害者に有利な契約の成立を認め、さらに、加害者の反証を許さないという結論を採った場合、不適切な情報提供をした加害者は、自分にとって不利な契約の成立に基づく損害賠償義務を負うことになる。その際の損害賠償額は、当該契約の解消よりも大きな額になる。したがって、そのような不利益を被らないために、情報提供義務者は、適切な情報を提供しなければならないという経済的な動機が与えられる。

これに対して、不適切な情報提供をした加害者は、契約の解消が導き出されるような行動をするという問題が生じるとする反論がある<sup>45</sup>。その結果、詐欺による取消しの方が、過失による情報提供義務違反よりも、加害者の負担する金額が少なくなるという矛盾が生じる。

### (4) ドイツ民法251条を根拠とする説

カナーリスは、ドイツ民法249条に基づくのではなく、251条<sup>46</sup>に基づいて高値取得損害への賠償が認められるため、そもそも、仮定的な契約の成立の証明は問題とならないとする<sup>47</sup>。すなわち、ドイツ民法249条の原状回復が不能の場合、または、賠償として十分でない場合には、ドイ

<sup>42</sup> ただし、エメリッヒは、因果関係の推定を広く認めることには懐疑的である。

<sup>43</sup> Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, S.186, Rn. 447. 認める判決として連邦通常裁判所 1998年6月24日判決を挙げ、制限する判決として2006年判決を挙げる。

<sup>44</sup> S.Lorenz, a.a.O.(Fn. 11), 1001f.

<sup>45</sup> Thomas M. J. Möllers/ Tilman Weichert, a.a.O.(Fn. 34).

<sup>46</sup> ドイツ民法251条（期間の指定なき金銭賠償）

1 項 原状回復が可能でなく、又は債権者に対する賠償として十分でないときに限り、賠償義務者は、債権者に金銭で賠償しなければならない。

2 項 賠償義務者は、原状回復が過分の費用によってのみ可能であるときには、債権者に金銭で賠償することができる。傷ついた動物の治療費は、たとえその動物自体の価値を格段に超える場合であっても、単にこの点のみを以て不相応に高額とは見なされない。

<sup>47</sup> Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrecht—Tendenzen zu seiner “Materialisierung”, AcP 200(2000), 273, 315-316.

ツ民法251条1項に基づき金銭賠償をしなければならない。また、過分の費用を要する場合（原状回復の期待不可能性）にも金銭賠償が認められる（251条2項）。たとえば、1977年判決のように、ある企業を購入し、その後長期間経った場合には、原状回復は「賠償として十分ではない」。したがって251条1項が適用、少なくとも類推適用されるとする。251条の要件を満たさない場合には金銭賠償は認められないが、情報提供義務者が、原状回復を望んでいないにもかかわらず金銭賠償請求権を防御するという戦術上の目的でのみ、251条の要件を満たさないことを主張する場合には、250条<sup>48</sup>類推適用によって、金銭賠償が認められるべきであるとする<sup>49</sup>。

この場合、賠償されるべき損害は、被害者の許にある財産の減少であり、しかも、被害を受けた物が一般的、客観的に有する価値に基づくのではなく、目的物が被害者に対する関係において有する特別の価値を基準とする<sup>50</sup>。賠償額について、ドイツ民法249条2項による金銭賠償が原状回復に必要な額と明示されているのに対し、251条は賠償額に言及しない。したがって、仮定的な契約の成立は問題とはならないとする。

これに対して、高値取得損害が問題となる事例では、ドイツ民法251条が適用される要件が満たされていないとする反論がある。すなわち高値取得損害が問題となる事例においては、契約関係が維持されていることが前提となっているので、契約履行の不可能性要件（251条1項）は満たさない。また、251条2項の要件については、「高すぎる」ということはあるが、どの程度の価格の不均衡があるのが証明されないため、要件を満たすか否かが不明である。

### 3 ま と め

ドイツ民法250条以下の金銭賠償の枠内で考慮するという考えには一理ある。高値取得が前提となっている限りにおいて、等価性障害の要件が満たされているとすることも可能であると考えられる。

しかしながら、一連の連邦通常裁判所判決では、ドイツ民法249条に基づく損害賠償の際に、仮定的因果関係の推定がなされていることは明らかである。実質的な根拠としては、情報提供義務の相手方の保護があると言えるが、法的根拠については、学説においても、まだ見解が一致していない状態であると言える。

損害としての「高値取得」を認める実質的な理由としては、誤った情報を提供した者が、自らの義務違反によって有利となることを避けることや、情報提供義務者を不利に扱うことによ

<sup>48</sup> ドイツ民法250条（期間の指定に基づく金銭賠償）

債権者は、賠償義務者に対し、原状回復のために相当の期間を指定して、その期間経過後は原状回復を拒絶する旨の意思表示をすることができる。適時の原状回復がない場合、債権者は、その期間経過後において、金銭賠償を請求することができる。この場合においては、原状回復を請求することができない。

<sup>49</sup> 賠償義務者が自ら原状回復を拒絶するかあるいは原状回復が不可能であるとはっきりと表示する場合、期間の指定は必要ではない（椿ほか編・前掲（注2）『ドイツ債権法総論』〔今西康人〕53頁参照）。

<sup>50</sup> 金銭賠償の要件について、椿ほか編・前掲（注2）『ドイツ債権法総論』〔右近健男〕55頁参照。

り、情報提供へのインセンティブを与え、相手方を保護することにあると言える。

### 第三節 高値取得の際の具体的な損害額の算定

高値取得を損害として認めるとしても、具体的な損害額の算定の方法が問題となる。損害額に関して証明がなされている場合には、たとえば、仮定的な価格と真の価値との差額の賠償も認められる<sup>51</sup>。

具体的な損害額の証明がない場合の算定の方法について、瑕疵担保責任の減額規定（ドイツ民法441条）の類推適用に基づく、売買価格の割合的縮減が提示されている。本節では、減額規定の類推適用について、カナリスの説を中心に紹介し（第一款）、批判理論を紹介する（第二款）。次に、批判理論への反論を示し（第三款）、最後にまとめを行なう（第四款）。

#### 第一款 減額規定の類推適用

カナリス<sup>52</sup>は、減額規定を類推適用することにより、当事者が前提とした価値関係が維持されんとする。そして、売買価格と契約目的の真の価値との差額を損害賠償額とすることは適切ではないとする。なぜなら、この方法は当事者間で合意した価格関係を破壊し、形式的契約正義の発現である主観的な均衡原理に反するからである。

計算例を具体的に示すと次のようになる<sup>53</sup>。

（例1） 誤った貸借対照表上の表現を信用して、買主は売主からある企業を100の売買価格で購入したが、その企業の真の価値は40であった。貸借対照表上の表現が正しければ、仮定的価値は80であった。

（例2） 売買価格が50、真の価値が40、仮定的価値は80であった。

差額を損害賠償額とする場合、次のようになる。（例1）の場合、買主にとって不利な取引が行われている。すなわち、買主は80の価値であるように見える企業を100で購入し、買主側では20のマイナスが生じているからである。この事例における損害賠償額は、売買価格100と真の価値40の差額である60であり、これが買主に返還される。その結果、買主は100の対価と交換で、40の価値のある企業と60の損害賠償を受け取ることとなり、当該取引は買主に不利ではなくなる。

（例2）の場合、買主にとって有利な取引が行われている。すなわち、買主は80の価値があるように見える企業を50で購入し、買主側では30のプラスが生じているからである。この事例に

<sup>51</sup> BGH NJW 1981, 2050, 2051（注22）参照。

<sup>52</sup> Canaris, aa.O.(Fn. 47), S.315ff.

<sup>53</sup> Walter G. Paefgen, Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo : zur Täuschung über den Vertragsinhalt und ihren Folgen im Zivilrecht, 1999, S.79の例をカナリスが用いているが、Paefgenは、カナリスと異なる結果に達している。

における損害賠償額は、売買価格50と真の価値40の差額である10であり、これが買主に返還される。その結果、買主は50の対価と交換で、40の価値のある企業と10の損害賠償を受け取ることとなり、当初は買主にとって有利であった当該取引は買主に有利ではなくなる。逆に、売主は自分自身に責任がある誤った貸借対照表上の表現によって、合意された取引が行われた場合よりも有利な状態におかれることとなる。したがって、差額を損害賠償額とする算定方法は、買主に不利な取引では買主を有利な状態に置き、買主に有利な取引では買主を不利な状態に置くようなものであるので、当事者間で合意した価格関係が破壊されることとなる。

これに対し、ドイツ民法441条を類推適用する場合には、売買価格は、当事者間で合意した価格関係を維持したまま減額される<sup>54</sup>。ドイツ民法441条は第3項において「代金減額の場合、売買代金は、契約締結の時点で瑕疵のない状態での物の価値が現実の価値との関係での割合で切り下げられる」と規定する。上述（例1）を用いて、具体的な計算例を考えると、ドイツ民法441条の減額規定を類推適用すると、買主の債務となる金額と合意した売買価格の比は、真の価値と仮定的価値の比に等しくなければならない。つまり、40対80なので1対2であり、その結果、債務となる金額は半減されて50となり、合意された売買価格100との差額の50が買主に返還される。

この算定方法を用いた場合には、両当事者が基礎とした貸借対照表上の表現に従うと適切であったであろう売買価格よりも、高い売買価格で買主は合意したという事情を考慮することができる。誤った表現の結果として不利な契約を締結したのではなく、買主自身の意思に基づいて不利な契約を締結した場合には、契約による不利益を排除することは、貸借対照表の数値の表現についての義務違反の保護目的とは合わないとする。

買主にとって有利な取引が行われている（例2）の場合も同様に、買主の債務となる売買価格は40と80との関係で減額されるので、半減されて25となり、合意された売買価格50との差額の25が買主に返還される。したがって買主は、支払った金額50と引き換えに、企業の真の価値40と返還額25の計65を得ることとなり、結果として15の利益を得る。買主に有利な取引という、元々の価値関係は維持されたままになる。

## 第二款 減額規定の類推適用への批判理論

ティートケは、賠償可能性のある損害は生じていないという理由で、減額規定の類推適用を否定する<sup>55</sup>。情報提供義務違反による契約締結上の過失に基づく損害賠償の範囲は、侵害された

<sup>54</sup> 連邦通常裁判所においても、同様な算定を行なっていると理解できる。たとえば、BGHZ69,53,58f. (1977年判決)、BGH NJW-RR1988,10,11.。Grigoleit, aa.O.(Fn. 10), S.184ff.は、算定方法についてわかりにくい判断をしている連邦通常裁判所の判決についての精密な分析を行なっている。

<sup>55</sup> Tiedtke, Die Haftung der Verwaltungs- und Betreuungsgesellschaften und der Anlagevermittler für unrichtige Angaben über den Vorsteuerabzug im Rahmen eines Bauherrenmodells, in: FS für Felix, 1989, S.473, 498; ders., aa.O.(Fn.24), S.571. ; ders., Schaden bei entgangenem Vorsteuerabzug, DB 1989, 1321, 1323.

行為規範の保護目的によって定まる。売買目的の真の価値が支払われた売買価格よりも偶然少なかったとしても、この損害は、情報提供義務との関連性が欠けた損害であるから、規範の保護目的を考慮すると賠償可能ではないとする。また、減額を認めるという結果は、ドイツ民法249条と相容れないとする<sup>56</sup>。契約締結上の過失から生じる責任は、原則として、信頼利益に限られるため、ドイツ民法249条に基づいて回復されるべき状態は、売買契約が締結されなかった場合の状態であるべきだからである。グリゴライトも同様に、減額規定の適用によって、履行利益の賠償が達成されると批判する<sup>57</sup>。

タイゼンは、連邦通常裁判所が、2006年判決において、減額規定の類推適用による反対給付の割合的な減額に反対であることを示しているとする<sup>58</sup>。そして、ドイツ民法251条に基づく損害賠償の範囲は、あるべき状態との比較によって決定されるので、形成権としての減額規定がドイツ民法249条以下の領域と関わることはないとする<sup>59</sup>。

ケルスティングは、義務違反による損害賠償の算定の際に、ドイツ民法441条の減額規定が類推適用される余地は全くないとする<sup>60</sup>。前提として、減額規定の類推適用は、ドイツ民法251条の範囲内で適用され、これはカナリスが強調することだとする<sup>61</sup>。ケルスティングは次のように述べる。ドイツ民法251条に基づく損害賠償の算定をする際に、契約締結前の義務違反から生じた損害の算定にとって重要な仮定的な因果関係は、契約の不成立を前提とし、有利な契約の成立を前提とするのではない。契約の不成立を前提とする場合、売主は財産の中に企業の客観的な価値を持っていて、買主は支払った売買代金を持つことになる。この場合に、売主の財産の中には、契約利益は存在しない。なぜなら、契約が無いからである。賠償が認められるのは、義務違反によって、客観的な利益が失われた場合であり、賠償額は、売買価格と売買目的の客観的価値の差によって算定される。したがって、いずれにせよ、減額規定の類推適用はありえないとする。

### 第三款 批判理論への反論

カナリスが主張する441条類推適用には第二款で取り上げた批判があるが、これらの批判には次のような反論を示すことができる<sup>62</sup>。

<sup>56</sup> Tiedtke, a.a.O.(Fn. 24),S.571.

<sup>57</sup> Grigoleit, a.a.O.(Fn.10), S.195

<sup>58</sup> Theisen, Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruchs aus culpa in contrahendo, NJW 2006, 3102, 3104.ただし、2006年判決はいわゆる減額請求権は考慮されないとするのみであり、積極的に否定してはいない。タイゼンも、「連邦通常裁判所はドイツ民法411条の類推による減額に似た損害賠償を否定すべきである」とする。

<sup>59</sup> Theisen, a.a.O.(Fn.58), S.3105.

<sup>60</sup> Kersting, a.a.O.(Fn.8),S.721.

<sup>61</sup> Kersting, a.a.O.(Fn.8),S.720.

<sup>62</sup> 本論文で取り上げた説のほかに、減額規定の類推適用を肯定するものとして、Prölss, Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Unternehmensmängel, ZIP 1981, 337, 346;Kindl, Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, WM 2003, 409,412; ders, in:Erman, BGB, 12. Aufl., § 311 Rn. 43.



シュトルはドイツ民法441条の類推適用を肯定する<sup>63</sup>。批判理論は、契約適合による履行利益の賠償が認められてしまい、そのためには給付と反対給付の客観的な不均衡が要件となるとする。これに対しシュトルは、高値取得損害に基づく損害賠償額を算定する場合に、契約を維持する被害者は、信頼損害の部分的な償還を請求することになる。義務違反があったために無駄になった費用を請求することは、信頼損害の賠償の典型例である。この際に重要なことは、給付と反対給付に客観的な不均衡があるということではなく、情報提供の相手方の期待に合った契約が持っていたであろう仮定的価値に、実際に売買目的が有している真の価値が劣っているということである。

具体的な損害額の算定の際には、真の価値だけではなく、情報提供の相手方が期待した仮定的価値をも調査しなければならないことが問題となる。これについては、反対の事情が認められない限り、債務者の給付が持つ仮定的価値は、少なくとも債権者が契約上で負担した費用の価値に達するものであるということ、つまり、その取引が債権者にとって損をする取引ではないことが認められてよいと言う。

ヴィーデマンは、判例において、被害者が契約関係を維持することを望んだ場合、「真実の事情を知っていた場合に、被害者が契約をより有利な価格で締結したように扱われる」権利が被害者に与えられる（1977年判決 第二準則）目的は、ドイツ民法441条の類推適用により、損害賠償の装いで減額を認めることにあるとする<sup>64</sup>。

被害者に有利な仮定的な契約の成立を推定し、仮定的な契約の相手方も、低い対価での契約の締結に合意したかどうかの立証は不要である（1977年判決 第三準則）とすることは、私的自治の原則に反するという批判がある。その批判は、損害算定の際には、契約締結それ自体によって情報提供の相手方が損害を受けたかどうかを問題にすべきであり、その際に賠償される損害は、現在の財産状態と、契約が締結されなかった場合に生じる仮定的な財産状態の間の差にのみ存在しうるとする。この批判に対しヴィーデマンは、批判説の主張によれば、加害者が立証責任への考慮なしに、実際に締結された契約とは別の契約を加害者は結ばなかったであろうことを、証明しなくても良い場合に、損害賠償請求権は問題とならないことを認めなければならないとする。

さらにヴィーデマンは、上記の損害賠償とは別に、判例は、契約締結上の過失に基づく契約適合を認めるとする。契約適合の際の損害額を、仮定的価値と真の価値の差額とすることにヴィーデマンは反対する。理由は二つあり、一つは、契約適合によって達成される仮定的な価

<sup>63</sup> Hans Stoll, Haftungsfolgen fehlerhafter Erklärungen beim Vertragsschluß, in: FS Riesenfeld, 1983, S.275; ders., Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, in: FS Werner Flume, Bd.I, 1978, S.741.シュトルの見解を紹介するものとして、円谷・前掲（注18）75頁以下、280頁以下、潮見・前掲（注18）166頁以下がある。

<sup>64</sup> Wiedemann, in: Soergel, BGB, Komm, Bd.2, 12.Aufl., 1990, Vor § 275 Rn.197.



格は、客観的な取引価格ではなく、ドイツ民法441条1項にしたがって導き出されうるものだからである。二つ目は、他の有利な契約の成立を前提とした補償がなされるべきではないからである。契約締結上の過失に基づく契約適合を否定する説は、実質的な検討に基づいて否定するのではなく、そのような場合には瑕疵担保責任規定は排除されなければならないという制度的な検討によってのみ、否定しているだけであるとする。

ポールマンは、減額規定の類推適用は、信頼利益の隠れ蓑の下で履行利益を認めることとなるので、原則として認められないとする<sup>65</sup>。損害賠償の具体的な範囲はドイツ民法249条1項によって定まるが、例外的に、被害者にとって耐えられない結果が導き出される場合にのみ、ドイツ民法249条1項の適用が回避され、ドイツ民法441条の減額規定が類推適用されるとする<sup>66</sup>。たとえば、真の価値が40の企業の仮定的価値を80と考え、売主が買主から50で企業を購入した場合、情報提供義務違反がなければ契約が成立しなかったならば、ドイツ民法249条1項により、以前あったところの状態が回復されなければならないので、契約を維持する買主は、10の返還を請求でき、信頼利益が賠償される<sup>67</sup>。これに対して、真の価値が売買価格と同額であるか、上回っている場合に、買主が契約の維持を求めるならば、ドイツ民法249条1項は回避される。同様の例で考えると、買主が40でその企業を購入した場合である。ドイツ民法249条1項を適用すると、買主には損害が生じていないことになるが、ドイツ民法441条を類推適用すると、20の返還を請求することができる。

#### 第四款 ま と め

類推適用説の問題点として、契約締結上の過失責任に基づいて賠償されるべき損害は信頼損害であり、回復されるべき状況は、契約が締結されなかった場合の状態が原則であるのに、類推適用を認めた場合には原状回復がなされないことが挙げられる。これについては、ドイツ民法では、原状回復が不可能の場合があることを前提とすること（ドイツ民法251条）を考慮していないといえる。

減額を認めると履行利益の賠償が認められてしまうという批判が出されている。これについては、義務違反があったために無駄になった費用を請求することは、信頼損害の賠償の典型例であるといえる。売買目的の真の価値が支払われた売買価格よりも偶然少なかったとしても、保護目的を考慮すると賠償すべき損害はないと批判説は主張するが、これに対しては、損害賠償の範囲の算定に重要なことは、給付と反対給付に客観的な不均衡があるということではなく、

<sup>65</sup> André Pohlmann, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten : ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform, 2002, S.119f.

<sup>66</sup> André Pohlmann, a.a.O.(Fn.65), S.119f.

<sup>67</sup> André Pohlmann, a.a.O.(Fn.65), S.119f.

情報提供の相手方の期待に合った契約が持っていたであろう仮定的価値に、実際に売買目的が有している真の価値が劣っているということであるといえる。

類推適用説の中でも、例外的な場合にのみ減額規定の類推適用を認めるべきという説があるが、購入金額が多い方が、契約を維持した際の返還額が少なくなるという不均衡が生じることになるってしまう。

### 第三章 日本法への示唆

前章で論じたドイツの議論を元にし、日本法への若干の示唆を示す<sup>68</sup>。ドイツの判例では、契約締結前の情報提供義務違反の際に、「高値取得」を損害として認め、それに関して情報提供の相手方は立証責任を負わないことが確立している。また、具体的な損害額の算定については、瑕疵担保責任の減額規定の類推適用が学説において主張されている。これにより、契約内容として取り込むことに失敗した相手方の信頼を保護することが可能となる。

日本法において利用するためには、「高値取得」が損害として認められるか、その際の立証責任、具体的な損害額の算定の際に瑕疵担保責任の減額規定の類推適用を利用できるか、という問題がある。ドイツでは、高値取得を損害として認めるにせよ、その賠償は原状回復となるのか金銭賠償になるのかが問題となっている。日本では損害賠償の方法としては金銭賠償が原則となるので、この点は問題とならない。

損害としての「高値取得」について、有価証券に関して虚偽記載があった場合に、虚偽記載と相当因果関係のある損害は高値取得損害であるとする説がある<sup>69</sup>。この説によれば、虚偽記載があったために有価証券を高値で取得したことが損害であるという考えを前提とし、投資家の取得価格と、虚偽記載がなかったならば生じたであろう市場価格である想定価格の差額を損害とする。

立証責任について、ドイツ法では、信頼利益となるか履行利益となるかによって立証責任の有無が区別され、議論がなされている。これに対して、日本法には信頼利益および履行利益の概念は条文上存在しないため、ドイツ法と同様の議論とはならない。たとえば、西武鉄道株主集団訴訟判決（最判平成23年9月13日民集65巻6号2511頁）は、虚偽記載という義務違反があった場合に、「本件虚偽記載と相当因果関係のある損害の額は、処分株式についてはその取得価格と処分価格との差額から、保有株式についてはその取得価格と事実審の口頭弁論終結時の同株式の評価額との差額から、本件公表前の経済情勢、市場動向、被上告人の業績等本件虚偽記載

<sup>68</sup> 「高値取得損害」の日本法への取り入れの可否に関して、拙稿・前掲（注2）参照。

<sup>69</sup> 黒沼悦郎「証券市場における情報開示に基づく民事責任(1)～（5・完）」法協105巻12号1頁、106巻1号74頁、2号37頁、5号55頁、7号65頁（1989）。

とは無関係な要因による下落分を控除して、これを算定すべきである。」とする。すなわち、被害者の立証なしに損害の発生を認める。さらに、具体的な損害額の証明について「算定すべき損害の額の立証は極めて困難であることが予想されるが、そのような場合には民訴法248条により相当な損害額を認定すべきである。」とする。

最後に、減額規定の類推適用について、現行法では瑕疵担保責任における減額規定は存在しないので、情報提供義務違反へと類推適用することはできない。しかしながら、民法改正の議論の中で、ドイツと同様な減額規定を制定するという提案がなされているため、将来的には類推適用により損害額の算定を行なう可能性もある。

## **Der Umfang des Schadensersatzes aus der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten**

### **— “Zu teuer erworben” als Schaden und die Analogie zur Anwendung der Minderungsregelung —**

Es gibt Fälle, bei denen infolge einer mangelhaften Aufklärung vor Vertragsabschluss Verträge zustande kommen, die den Annahmen des Vertragspartners nicht entsprechen. Im vorliegenden Fall, und wenn der Vertragspartner nicht die Auflösung der Vertragsbeziehung, sondern die Aufrechterhaltung des Vertrags verlangt, kann der Vertragspartner durch eine Auslegung des Vertrags, die angegebene Informationsinhalte in den Vertrag einbezieht, geschützt werden. Allerdings ist es tatsächlich schwierig, angegebene Informationsinhalte in einen Vertrag aufzunehmen. In diesem Fall wird der Schutz des Geschädigten durch einen Schadenersatzanspruch, entstanden durch Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten, verwirklicht. Jedoch wird der Informationsinhalt, der nicht erfolgreich in den Vertragsinhalt einfließt, im japanischen Gesetz auf der Ebene des Schadensersatzes nicht berücksichtigt.

Auf der andern Seite hat in Deutschland der BGH bezüglich Schadenersatzforderungen, die auf Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten basieren, angemerkt, dass eine Entschädigungssumme festzusetzen sei, unter der Voraussetzung, dass der Schaden “Zu teuer erworben” aus dieser Pflichtverletzung entstand. Hierbei wird überlegt, wie die aufgrund mangelhafter Aufklärung entstandene Annahmen des Vertragspartners auf der Ebene des Schadensersatzes berücksichtigt werden können. Wie nun die Entschädigungssumme aufgrund des “Zu teuer erworben” zu berechnen sei, darüber gibt es Ansichten, nach denen bei der konkreten Berechnung der Entschädigungssumme die Minderungsregelung bei der Gewährleistung (BGB § 441) analog angewandt werden sollte. Da auch in der japanische Schuldrechtsreform überdacht wird, die Minderungsregelung der Gewährleistung entsprechend der Regelung des deutschen Zivilrechts umzusetzen, könnte hier die deutsche Argumentation als Vorbild dienen.